

University of Groningen

## Ondernemingsprocesrecht

Geerts, P.G.F.A.

*Published in:*  
Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2006

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*  
Geerts, P. G. F. A. (2006). Ondernemingsprocesrecht. *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 90 - 96.

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

Hoge Raad verwoordt: met name art. 2:351 lid 2 BW biedt hiertoe een ingang. Ingevolge deze bepaling kan de Ondernemingskamer de onderzoeker machtigen tot het raadplegen van de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers en het zich doen tonen van de bezittingen van een rechtspersoon die nauw verbonden is met de rechtspersoon ten aanzien waarvan het onderzoek plaatsvindt. In de MvT bij deze bepaling lezen wij (Bundel NV en BV, Wetsgeschiedenis, p. IXa-Art. 53b-1):

‘Het zal in concernverhoudingen dikwijls niet mogelijk zijn een juist beeld van het beleid en de gang van zaken in de een vennootschap te verkrijgen, wanneer men niet tevens inzicht heeft in de situatie van geaffilieerde vennootschappen.’

Hieruit volgt dat de wetgever het toelaatbaar en zelfs gewenst acht dat in een onderzoek naar het beleid van een Nederlandse rechtspersoon ook een zekere aandacht voor het beleid van andere rechtspersonen van belang kan zijn, indien dit relevant is voor de beoordeling van het beleid dat is gevoerd bij de Nederlandse te onderzoeken rechtspersoon. Voeg daaraan toe dat in de literatuur wordt verdedigd dat ook de boeken en bescheiden van buitenlandse nauw verbonden rechtspersonen ingezien mogen worden, dan is het juist – aldus A-G Timmerman – dat onderzoekers (ook zonder toepassing van art. 2:351 lid 2 BW):

‘het geheel van gebeurtenissen, die zich in dan wel buiten Nederland hebben afgespeeld en die tot (...) zeer grote schade van AZC hebben geleid in hun onderzoek hebben betrokken. Deze grensoverschrijdende benadering heeft ook evident tot een beter begrip geleid van hetgeen zich bij AZC en Laepersveld (de twee Nederlandse vennootschappen waarbij het onderzoek is toegewezen, P.G.) heeft afgespeeld’.

Uit het voorgaande vloeit logisch voort dat het – zoals de Hoge Raad aan het slot van r.o. 3.3 overweegt – de Ondernemingskamer vrijstaat:

‘dergelijke door de onderzoeker verzamelde gegevens te betrekken in haar beantwoording van de vragen of gebleken is van wanbeleid van de rechtspersoon die het voorwerp van de enquête is en zo ja, welke van de in art. 2:356 BW bedoelde voorzieningen zij geboden acht’.

Het gaat hier dus voor alle duidelijkheid niet om een zogenoemde concernenquête. Alleen het beleid van de Nederlandse (moeder) vennootschap is voorwerp van de enquête. Niet (ook) het beleid van de (buitenlandse) dochtervennootschappen. Uiteraard kunnen slechts voorzieningen worden getroffen indien van wanbeleid van de Nederlandse vennootschap is gebleken. Deze voorzieningen kunnen alleen bij de Nederlandse (moeder)vennootschap worden getroffen. Uit de voor de hand liggende overweging van de Hoge Raad dat slechts de in art. 2:344 BW aangewezen rechtspersonen voorwerp van een enquête kunnen zijn, volgt dat in concernenquêtes het beleid van buitenlandse vennootschappen geen voorwerp van onderzoek kunnen zijn en bij die vennootschappen evenmin voorzieningen getroffen kunnen worden.

## Ondernemingsprocesrecht

### Enquêterecht

#### Verzamelen van gegevens omtrent beleid van een in het buitenland gevestigde dochter van de rechtspersoon die het voorwerp van de enquête is

In de beschikking HR 13 mei 2005, ARO 2005, 79; JOR 2005, 147 m.nt. M.W. Josephus Jitta en Ondernemingsrecht 2005, p. 365 m.nt. P.G.F.A. Geerts (Zeelandia) staat centraal de vraag of de onderzoeker gegevens mag verzamelen omtrent het beleid van in het buitenland gevestigde rechtspersonen die betrekkingen (hebben) onderhouden met de rechtspersoon die het voorwerp van de enquête is, en zo ja, of vervolgens de Ondernemingskamer die gegevens mag betrekken in haar wanbeleidoordeel.

Dat het beleid van de moedervennootschap ten aanzien van dochtervennootschappen in het onderzoek betrokken mag worden, vloeit rechtstreeks voort uit de tekst van art. 2:345 BW: voorwerp van onderzoek is het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon. Daaronder dient te worden begrepen het beleid van de rechtspersoon ten aanzien van haar dochters. Door middel van het onderzoek moet immers een goed beeld worden verkregen van het (concern)beleid dat door de moedervennootschap waar de enquête is gelast, is gevoerd (zie in dit verband HR 10 januari 1990, 466 m.nt. Ma (Ogem)).

Brengt dat mee dat de onderzoeker het beleid dat door de (buitenlandse) dochtervennootschap is gevoerd in zijn onderzoek mag betrekken? De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend. Dat antwoord komt niet als een al te grote verrassing. Zoals A-G Timmerman het in zijn conclusie bij de beschikking van de

Over voorzieningen gesproken. De Hoge Raad overweegt dat de Ondernemingskamer met de door de onderzoeker verzamelde 'buitenlandse' gegevens rekening mag houden bij het treffen van de in art. 2:356 BW bedoelde voorzieningen. De Hoge Raad lijkt hier de onmiddellijke voorzieningen genoemd in art. 2:355 lid 3 BW over het hoofd gezien te hebben. Ik kan geen enkele reden bedenken waarom de Ondernemingskamer bij het treffen van die voorzieningen met de 'buitenlandse' gegevens geen rekening zou mogen houden.

Verder is interessant dat de Hoge Raad spreekt over 'in het buitenland gevestigde rechtspersonen die betrekkingen hebben onderhouden met de rechtspersoon die het voorwerp van de enquête is'. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat 'betrekkingen onderhouden met' een lichter criterium is dan het criterium nauw verbonden rechtspersoon in art. 2:351 lid 2 BW. Daar is ook wel wat voor te zeggen, omdat de bevoegdheid ex art. 2:351 lid 2 BW nog weer een stap verder gaat dan het 'enkel' verzamelen van gegevens: het laat toe dat de onderzoekers de boeken en bescheiden van de nauw verbonden rechtspersoon mogen inzien. Dat onder die omstandigheden wordt verlangd dat de band tussen de betrokken vennootschappen wat 'nauwer' moet zijn, is zo gek nog niet. In die gedachte past ook de extra eis dat voor het inzien van de boeken en bescheiden een machtiging van de Ondernemingskamer nodig is.

Uit de woorden (betrekkingen) hebben onderhouden volgt dat de onderzoeker ook bij (buitenlandse) vennootschappen gegevens mag verzamelen die ten tijde van het onderzoek geen betrekkingen met de Nederlandse (moeder)vennootschap meer onderhouden, maar wel met de moeder 'verbonden' waren in het tijdvak waarop het onderzoek betrekking heeft. Ook op deze beslissing lijkt mij niet veel aan te merken. Dit standpunt is bovendien een steun in de rug voor de Ondernemingskamer die bij toepassing van art. 2:351 lid 2 BW – mijns inziens terecht – de onderzoeker machtigt tot het inzien van de boeken en bescheiden van vennootschappen die ten tijde van het onderzoek niet meer nauw verbonden zijn, maar dat wel waren in het tijdvak waarop het onderzoek betrekking heeft.

#### De onderzoekskosten zijn geen boedelkosten

In HR 24 juni 2005, ARO 2005, 104 en JOR 2005, 174 m.nt. J.J.M. van Mierlo (Decidewise) staat centraal de vraag of de onderzoekskosten boedelkosten zijn. In de literatuur bestond onenigheid over het antwoord op deze vraag. Zie voor een literatuurverwijzing de conclusie van A-G Timmerman vóór de Decidewise-beschikking. Boedelschulden ontstaan uit de wet of door handeling van de curator (Polak/Wessels VII, par. 7089). De Ondernemingskamer heeft zich op het standpunt gesteld dat de onderzoekskosten als boedelschuld hebben te gelden, omdat die verplichting het rechtstreeks uit de wet voortvloeiende gevolg is van de rechterlijke beslissing dat een onderzoek plaatsvindt naar het beleid en de gang van zaken van de rechtspersoon en van de rechterlijke vaststelling van het bedrag dat het onderzoek ten hoogste mag kosten (art. 2:350 lid 3 BW). In zijn conclusie schrijft A-G Timmerman hierover:

'Een ieder zal het ermee eens zijn dat de verplichting van de vennootschap tot het betalen van de onderzoekskosten een rechtstreeks uit de wet voortvloeiend gevolg is van de gerechtelijke beslissing tot toewijzing van het onderzoek en vaststel-

ling van het bedrag van de onderzoekskosten (art. 2:350, lid 3 BW). Waar men echter verschillend over kan oordelen is over het antwoord op de vraag of de uit deze rechterlijke beslissing voortvloeiende wettelijke verplichting van de vennootschap als boedelschuld dient te gelden. Het is denkbaar dat art. 2:350, lid 3 BW een verplichting schept van de gefailleerde vennootschap die niettemin geen boedelschuld is. Er is dan sprake van een niet-verifieerbare schuld.'

Dit is precies het punt waar het om draait en het geeft duidelijk aan waar de redenering van de Ondernemingskamer veel te kort door de bocht is: dat art. 2:350 BW bepaalt dat de rechtspersoon de onderzoekskosten moet betalen, zegt immers nog niets over de aard van die verplichting (zie W.J.M. van Andel in zijn JOR-annotatie onder (de in cassatie bestreden beschikking) OK 30 juni 2004, JOR 2004, 9 (Decidewise) en J.J.M. van Mierlo, Enige aspecten van samenloop van enquêterecht en insolventierecht, Ondernemingsrecht 2005, p. 396). In andere gevallen waarin een boedelschuld krachtens wetsduiding ontstaat, volgt het zijn van boedelschuld uit de wettekst dan wel de wetshistorie. Noch de tekst van art. 2:350 lid 3 BW noch de geschiedenis van de totstandkoming van die bepaling biedt – aldus de A-G – enig aanknopingspunt voor het standpunt dat de verplichting van de rechtspersoon tot het betalen van de onderzoekskosten krachtens wetsduiding als boedelschuld dient te worden beschouwd. In r.o. 3.4 oordeelt de Hoge Raad, net als zijn A-G: de onderzoekskosten zijn geen boedelschuld.

Dat betekent dat de curator zelf kan beslissen of hij middelen uit de boedel wil gebruiken om de onderzoekskosten te betalen. Zijn bereidheid om de onderzoekskosten te voldoen, zou met name kunnen voortvloeien uit het feit dat het onderzoek(sverslag) kan dienen als opstap naar aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen. In dat geval ontstaat door toedoen van de curator een boedelschuld. Is de curator daartoe niet bereid, dan kan de *verzoeker tot enquête* – zo wijst de Hoge Raad de weg – ervoor kiezen die kosten voor eigen rekening te nemen, terwijl *schuldeisers* ex art. 69 Fw kunnen proberen een bevel van de rechter-commissaris aan de curator uit te lokken om een boedelbijdrage beschikbaar te stellen. De Ondernemingskamer heeft naar het oordeel van de Hoge Raad:

'(...) te dien aanzien echter geen taak, evenmin als ten aanzien van de vraag of het gaat om een verbintenis tengevolge waarvan de boedel is gebaat (art. 24 F.). Opmerking verdient hierbij nog dat de belangen die een faillissementscurator behoort te behartigen niet noodzakelijkerwijs samenvallen met de belangen van diegenen die bevoegd zijn een verzoek als bedoeld in art. 2:345 BW te doen.'

Met deze laatste opmerking wordt nog eens onderstreept dat een faillissementscurator zijn taak niet uitoefent ten behoeve van enquêtegerechtigden (wier enquêteverzoek is toegewezen), maar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De Hoge Raad gebruikt dit als extra argument om de onderzoekskosten niet als boedelschuld aan te merken. Aangezien de belangen van enquêtegerechtigden en die van gezamenlijke schuldeisers niet noodzakelijkerwijs samenvallen, is het gerechtvaardigd dat de curator in de

gelegenheid wordt gesteld of hij het in het belang van de gezamenlijke schuldeisers nuttig oordeelt dat de boedel bijdraagt aan de onderzoekskosten. Zo'n afweging kan de curator alleen maken indien die kosten niet als boedelschuld worden aangemerkt.

De constatering van de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer ten aanzien van art. 69 en 24 Fw geen taak heeft, spreekt voor zich. De Ondernemingskamer kan de curator derhalve niet bevelen de onderzoekskosten voor zijn rekening te nemen en evenmin bepalen dat de boedel met het onderzoek(sverslag) gebaat zal zijn, zodat de onderzoekskosten ex art. 24 Fw als boedelschuld aangemerkt dienen te worden.

Voor de volledigheid wijs ik erop dat in zijn beschikking van 9 december 2005, NJ 2006, 174; JOR 2006, 3 (Landis) de Hoge Raad zijn beslissing dat de onderzoekskosten geen boedelschuld zijn, heeft herhaald.

### Welke geschillen kunnen volgens het enquêterecht aan de orde worden gesteld?

In de beschikking HR 18 november 2005 ARO 2005, 197; NJ 2006, 173 m.nt. Ma; JOR 2005, 295 m.nt. M. Brink en Ondernemingsrecht 2006, p. 33 m.nt. P.G.F.A. Geerts (Unilever) staat centraal de vraag wat voor soort geschillen in het kader van het enquêterecht aan de orde kunnen worden gesteld en in het bijzonder de vraag of een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken gelast mag worden indien aannemelijk is dat een vermogensrechtelijk geschil bestaat.

Kort samengevat gaat het in deze zaak om de wijze waarop de in 1997 verkregen opbrengst van de verkoop van de chemische bedrijven van Unilever Groep aan de houders van (certificaten van) gewone aandelen wordt uitgekeerd. In 1999 werd voorgesteld die uitkering als volgt te laten plaatshebben. De uitkering zou plaatsvinden in de vorm van een speciaal dividend. De aandeelhouders van Unilever werd de keuze gelaten het speciale dividend in contanten dan wel in de vorm van preferente aandelen te ontvangen. Het motief voor het ter beschikking stellen van het speciale dividend in de vorm van preferente aandelen (derhalve als stockdividend), was het feit dat het fiscale regime voor Nederlandse particuliere aandeelhouders als ongunstig werd ervaren. Een dividenduitkering in contanten werd destijds in de inkomstenbelasting volledig belast tegen het progressieve tarief van – maximaal – 60%. Een uitkering in 'bonusaandelen' (een stockdividend) was, onder bepaalde voorwaarden, voor de inkomstenbelasting, onbelast. Teneinde zeker te stellen dat de uitkering in preferente aandelen voor fiscale doeleinden ook daadwerkelijk als een stockdividend zou worden aangemerkt, heeft Unilever overleg gevoerd met de Nederlandse Belastingdienst en met deze afspraken gemaakt. Op 9 juni 1999 zijn circa 211.500.000 f 0,10 (later gesteld op € 0,05) cumulatief preferente aandelen met een rekenwaarde van f 14,50 (later € 6,58) geplaatst bij aandeelhouders van Unilever die gebruik hadden gemaakt van de keuze daarvoor onder het speciale (stock)dividend. De preferente aandelen hebben een notering verkregen aan de effectenbeurs van (thans) Euronext Amsterdam N.V.

Centraal stond de vraag of door Unilever het vertrouwen is gewekt dat zij de preferente aandelen in de tweede helft van 2004 tegen € 6,58 per preferent aandeel zou inkopen. Aan de aandeelhouders is in verschillende stadia en langs verschillende wegen

informatie verschaft over het speciale (stock)dividend. Voor een overzicht van hetgeen zich in dit verband precies heeft afgespeeld, verwijs ik naar de conclusie (onder nr. 2 e.v.) van A-G Timmerman vóór deze beschikking van de Hoge Raad. De pref-houders hebben zich op het standpunt gesteld dat het hier bedoelde vertrouwen is gewekt en zijn, toen (op 24 maart 2004) duidelijk werd dat Unilever tot de inkoop van de aandelen niet zou overgaan maar voornemens bleek te zijn de preferente aandelen in het eerste kwartaal van 2005 om te wisselen in gewone aandelen Unilever, in opstand gekomen. Zij hebben de Ondernemingskamer verzocht een onderzoek te bevelen naar het beleid en de gang van zaken rond de uitgifte in juni 1999 van de f 0,10 cumulatief preferente aandelen en het op 24 maart 2004 aangekondigde en gepubliceerde (voorgenomen) besluit van Unilever om deze aandelen te converteren in gewone aandelen Unilever.

Unilever had in de procedure voor de Ondernemingskamer als belangrijkste verweer aangevoerd dat het verzoek een beperkt en zuiver vermogensrechtelijk geschil aan de orde stelt, wat betreft doel en middel oneigenlijk is en niet strekt tot het realiseren van de doeleinden van het enquêterecht, zodat verzoekers bij hun verzoek geen rechtens te respecteren belang hebben en zij derhalve daarin door de Ondernemingskamer niet kunnen worden ontvangen, althans het verzoek moet worden afgewezen. Unilever betoogde, met andere woorden, dat de onderhavige procedure niet bij de Ondernemingskamer thuishoort, maar bij de algemeen bevoegde burgerlijke rechter.

De Ondernemingskamer heeft omtrent de ontvankelijkheid van het verzoek overwogen (1) dat aan Unilever kan worden toegegeven dat het verzochte onderzoek – mede – het tussen de preferente aandeelhouders en Unilever gerezen vermogensrechtelijke conflict betreft en dat een dergelijk conflict op zichzelf en zonder meer niet kan leiden tot gegronde twijfel aan een juist beleid van de vennootschap, dit te minder nu geen sprake lijkt te zijn van verstoring van de dagelijkse gang van zaken in de onderneming van de vennootschap, en (2) dat verzoekers hiertegenover onder meer hebben aangevoerd dat zij geen, althans onvoldoende, inzicht hebben in het besluitvormingsproces en de belangenafweging binnen Unilever ter zake van (de uitgifte van) de preferente aandelen, alsmede in de wijze van totstandkoming van externe berichtgeving van Unilever dienaangaande en dat zij derhalve niet kunnen beoordelen of Unilever hun onjuiste onderscheidenlijk misleidende informatie heeft verstrekt, en dat een onderzoek de door hen gezochte opheldering zou kunnen geven. Vervolgens heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat in een geval als het onderhavige, waarin het vermogensrechtelijke conflict ook de positie van de vennootschap en het functioneren van haar organen raakt, het verkrijgen van een opening van zaken als door verzoekers bedoeld, moet worden beschouwd als een van de doeleinden van een mogelijk onderzoek. Mitsdien kan van oneigenlijk gebruik van de enquêteprocedure niet worden gesproken, zodat verzoekers in hun verzoek kunnen worden ontvangen.

Vervolgens heeft de Ondernemingskamer onderzocht of er gegronde redenen bestaan om aan een juist beleid van Unilever te twijfelen. Dat is – aldus de Ondernemingskamer – het geval, omdat er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat in 1999 bij de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende, gewone belegger onderscheidenlijk lezer van financiële informatie

bronnen de – te honoreren – verwachting is ontstaan dat Unilever zich erop wilde vastleggen dat zij de preferente aandelen in de tweede helft van 2004, althans na 9 juni 2004, tegen € 6,58 per aandeel zou inkopen, terwijl niet kan worden gezegd dat, voor zover het de prefhouders betreft, dit niet aan Unilever valt te verwijten of toe te rekenen. Zij heeft dan ook een onderzoek bevolen.

Tegen die beschikking heeft Unilever beroep in cassatie ingesteld, waarbij de vraag aan de orde werd gesteld of, en zo ja onder welke voorwaarden, het in art. 2:344-359 BW geregelde onderzoek naar het beleid en de gang van zaken van een rechtspersoon mag worden gelast indien aannemelijk is dat tussen verzoeker en de rechtspersoon die voorwerp is van het gevraagde onderzoek, een vermogensrechtelijk geschil bestaat. De Hoge Raad overwoog:

‘4.2 In zijn beschikking van 10 januari 1990, nr. 21, NJ 1990, 466, heeft de Hoge Raad overwogen dat de wetgever blijkens de ontstaansgeschiedenis van de regeling van het enquête-recht, zoals deze is neergelegd in Boek 2 BW, als doeleinden van het enquêterecht niet slechts heeft beschouwd de sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon, maar tevens de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid, terwijl bovendien van de mogelijkheid van de instelling van een enquête een preventieve werking zou kunnen uitgaan. Tot de doeleinden van het enquêterecht, zoals deze de wetgever voor ogen stonden, behoort niet de beslechting van geschillen van vermogensrechtelijke aard, noch het doen van onderzoek naar de feitelijke achtergrond van dergelijke geschillen. Wanneer het gaat om een geschil van louter vermogensrechtelijke aard, waarbij de doeleinden van een enquêteprocedure niet verwezenlijkt kunnen worden, kan een enquêteverzoek niet worden toegewezen. Indien het verzoek niets inhoudt dat op die doeleinden betrekking heeft, zal dat verzoek niet-ontvankelijk zijn. Indien het wel op die doeleinden gerichte stellingen inhoudt, maar deze stellingen niet aannemelijk zijn, zal het verzoek weliswaar – indien ook overigens is voldaan aan hetgeen daartoe vereist is – ontvankelijk zijn, maar moeten worden afgewezen.

4.3 De ondernemingskamer heeft in de bestreden beschikking het vorenstaande niet miskend. Dit blijkt uit haar overweging dat het verzochte onderzoek – mede – het tussen de preferente aandeelhouders en Unilever gerezen vermogensrechtelijke conflict betreft en dat een dergelijk conflict op zichzelf en zonder meer niet kan leiden tot gegronde twijfel aan een juist beleid van de vennootschap, zulks te minder nu geen sprake lijkt te zijn van verstoring van de dagelijkse gang van zaken in de onderneming van de vennootschap (rov. 3.3). De ondernemingskamer heeft echter geoordeeld dat in een geval als het onderhavige, waarin – volgens de in rov. 3.3 weergegeven stellingen van [verweerder] c.s. omtrent hetgeen zij met de verzochte enquête willen bereiken – het vermogensrechtelijke conflict ook de positie van de vennootschap en het functioneren van haar organen raakt, het verkrijgen van opening van zaken als door hen bedoeld, moet worden beschouwd als een van de doeleinden van een mogelijk onderzoek.’

Dit zijn de kernoverwegingen uit de Unilever-beschikking; alleen deze overwegingen worden hierna besproken. Zonder te overdrijven kan worden gezegd dat de invoering van de onmiddellijke voorzieningen de belangrijkste gebeurtenis in het enquêterecht is geweest. Door het treffen van onmiddellijke voorzieningen kan de Ondernemingskamer niet alleen in een vroeg stadium ingrijpen waardoor het bestaande geschil kan worden bevroren, maar zij kan door het treffen van die voorzieningen er zelfs toe bijdragen dat de gerezen geschillen in der minne worden opgelost, nog voordat het onderzoek is gestart dan wel is afgerond. In veel zaken komt het niet meer tot een tweede fase. Een gunstige ontwikkeling.

Invoering van art. 2:349a lid 2 BW heeft daarnaast tot gevolg gehad dat er een nieuw type enquêteprocedure is ontstaan. De zogenoemde antagonistische enquête. R.M. Hermans (Het onderzoek in de enquêteprocedure, in: Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2002-2003, p. 118) schrijft daarover het volgende:

‘Daarin staat niet zozeer de onderneming en haar problemen centraal, als wel de belangen van de betrokken partijen. (...) De enquêteprocedure ontwikkelt zich tot een strijdmiddel tussen verschillende (maar vaak niet alle) bij de onderneming betrokken belanghebbenden waarin de eigen, op zichzelf meestal legitieme, belangen van de rechtstreeks betrokken partijen centraal staan en niet langer noodzakelijkerwijs de belangen van de betrokken onderneming. Dit soort enquêtes ziet men vooral bij vijandige overnames of als middel om nakoming van overeenkomsten af te dwingen.’

Op p. 115 schrijft hij zelfs:

‘Het enquêterecht is een middel dat sommige belanghebbenden bij een onderneming ten dienste staat om een door hen gewenst doel te bereiken. Welke doelen kunnen worden bereikt wordt vooral (...) bepaald door de (voorlopige) voorzieningen die kunnen worden getroffen.’

Of dat zo is, is de vraag en de kern van deze zaak: kan het enquêterecht onbegrensde doeleinden dienen? De Hoge Raad overwoog in dit verband:

‘In zijn beschikking van 10 januari 1990, nr. 21, NJ 1990, 466, heeft de Hoge Raad overwogen dat de wetgever blijkens de ontstaansgeschiedenis van de regeling van het enquêterecht, zoals deze is neergelegd in Boek 2 BW, als doeleinden van het enquêterecht niet slechts heeft beschouwd de sanering van en het herstel van gezonde verhoudingen door maatregelen van reorganisatorische aard binnen de onderneming van de betrokken rechtspersoon, maar tevens de opening van zaken en de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid berust voor mogelijk blijkend wanbeleid, terwijl bovendien van de mogelijkheid van de instelling van een enquête een preventieve werking zou kunnen uitgaan. Tot de doeleinden van het enquêterecht, zoals deze de wetgever voor ogen stonden, behoort niet de beslechting van geschillen van vermogensrechtelijke aard, noch het doen van onderzoek naar de feitelijke achtergrond van dergelijke geschillen.’

En – zo zou daaraan kunnen worden toegevoegd – door de invoering van art. 2:349a lid 2 BW in 1994 is daarin geen verandering gekomen. In de totstandkomingsgeschiedenis van dat artikel kan geen aanknopingspunt worden gevonden waaruit zou kunnen worden afgeleid dat met de invoering van de onmiddellijke voorzieningen de wetgever de doeleinden van de enquête zou hebben willen uitbreiden (zie nr. 4.12 in de conclusie van A-G Timmerman).

Deze beslissing van de Hoge Raad komt dan ook niet als een al te grote verrassing. Te minder nu de Hoge Raad in een aantal recente beschikkingen heeft duidelijk gemaakt niet veel te voelen voor het idee van een uitdijend enquêterecht. Ik wijs in het bijzonder op HR 27 september 2000, NJ 2000, 653; JOR 2000, 217 m.nt. M. Brink en Ondernemingsrecht 2000, p. 444 m.nt. S.M. Bartman (Gucci); HR 1 februari 2002, NJ 2002, 225 m.nt. Ma; JOR 2002, 29 m.nt. M.W. Josephus Jitta en Ondernemingsrecht 2002, p. 144 m.nt. P.G.F.A. Geerts (De Vries Robbé) en HR 8 april 2005, JOR 2005, 119 m.nt. M. Brink en Ondernemingsrecht 2005, p. 290 m.nt. P.G.F.A. Geerts (Laurus).

Is het erg dat enquêtegerechtigden met hun vermogensrechtelijke geschillen niet bij de Ondernemingskamer terecht kunnen? Helemaal niet. Zij kunnen zich tot de civiele (kort geding) rechter wenden. Die rechtsingang staat gewoon open. De Hoge Raad heeft daar in r.o. 4.2 van zijn (zojuist genoemde) Gucci-beschikking ook al op gewezen:

‘Indien er geen aanleiding bestaat voor het instellen van een onderzoek (...) en behoefte bestaat aan voorzieningen staat de gewone procedure bij de burgerlijke rechter, met alle daaraan verbonden waarborgen, open (...).’

Wat moet de Ondernemingskamer doen als er *louter* sprake is van een vermogensrechtelijk geschil waardoor de doeleinden van een enquêteprocedure niet verwezenlijkt kunnen worden? Dan kan volgens de Hoge Raad:

‘(...) een enquêteverzoek niet worden *toegewezen* [curs., P.G.]. Indien het verzoek niets inhoudt dat op die doeleinden betrekking heeft, zal dat verzoek niet-ontvankelijk zijn. Indien het wel op die doeleinden gerichte stellingen inhoudt, maar deze stellingen niet aannemelijk zijn, zal het verzoek weliswaar – indien ook overigens is voldaan aan hetgeen daartoe vereist is – ontvankelijk zijn, maar moeten worden afgewezen.’

Niet *toewijzen* van een enquêteverzoek kan dus – afhankelijk van de concrete situatie – betekenen: het verzoek niet ontvankelijk verklaren of afwijzen. Wesseling-van Gent noemt dit een ‘tweetrapsraket’ (zie de bijdrage van E.M. Wesseling-van Gent, *To fish or not to fish, that's the question*, in *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2005-2006*, p. 356). Niet ontvankelijk – zo stel ik mij voor – is bijvoorbeeld het verzoek van de aandeelhouder die bij de Ondernemingskamer aanklopt en stelt dat een medeaandeelhouder een tussen hen gesloten overeenkomst niet nakomt en aan de Ondernemingskamer vraagt daar (door middel van het treffen van voorzieningen) iets aan te doen. In zo’n geval ligt het er zo dik bovenop dat de doeleinden van de enquêteprocedure niet verwezenlijkt kunnen worden, dat de Ondernemingskamer verzoeker niet-ontvankelijk moet verklaren.

Aangezien het vrij gemakkelijk is een dergelijk ‘vermogensrechtelijk verzoek’ te camoufleren, door te stellen dat het vermogensrechtelijk geschil doorwerkt en ook de positie van de vennootschap en haar organen raakt, dient de Ondernemingskamer op haar hoede te zijn en moet zij nagaan of die op de doeleinden gerichte stellingen aannemelijk zijn. Is dat niet het geval, dan dient het verzoek te worden afgewezen. Er is dan immers ‘nog steeds’ sprake van een louter vermogensrechtelijk geschil. Aan het slot van deze bijdrage kom ik hier nog kort op terug.

Wat als het vermogensrechtelijk geschil tussen verzoeker en rechtspersoon op een zodanige manier doorwerkt dat de doeleinden van een enquêteprocedure wel verwezenlijkt kunnen worden? Dan kan niet meer van een *louter* vermogensrechtelijk geschil worden gesproken. Men zou dan kunnen spreken van een gemengde situatie. Met B.F. Assink (Ondernemingsrecht 2005, p. 103-104) en A-G Timmerman (nr. 5.8) zie ik niet in waarom onder dergelijke omstandigheden de Ondernemingskamer geen enquête zou mogen toewijzen. Of zoals de Hoge Raad het in de onderhavige beschikking zegt: dan kunnen de doeleinden van de enquête worden verwezenlijkt. Dat in zo’n gemengde situatie het enquêteverzoek toegewezen mag worden, is het belangrijkste punt uit de beschikking van de Hoge Raad.

Indien van een gemengde situatie sprake is, betekent dat evenwel nog niet dat de Ondernemingskamer het verzoek zonder meer moet toewijzen. Dat verzoek kan – zo volgt uit de beschikking van de Hoge Raad – pas worden toegewezen wanneer blijkt van gegronde redenen om aan juist beleid te twijfelen en er een belangenafweging heeft plaatsgevonden. Die belangenafweging dient plaats te vinden, omdat aan het middel van enquête ook bezwaren kleven. Zo kan het instellen van een enquête bijvoorbeeld reputatieschade voor de betrokken rechtspersoon meebrengen en de beurskoers negatief beïnvloeden. Daarnaast moet worden bedacht dat het onderzoek diep kan ingrijpen in het functioneren van de rechtspersoon. Met die bezwaren *en* de aard van het tussen de verzoeker en de rechtspersoon bestaande geschil dient de Ondernemingskamer rekening te houden. Op dit punt gelden voor de Ondernemingskamer geen bijzondere motiveringseisen. Zij hoeft in de motivering van haar beslissing niet tot uitdrukking te brengen dat zij de bedoelde bezwaren in de beoordeling heeft betrokken. Voldoende is dat uit de motivering blijkt dat een weging van de belangen heeft plaatsgevonden.

Ook dit onderdeel van de beslissing is niet opzienbarend. Dat het enquêteverzoek pas kan worden toegewezen wanneer blijkt van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen, is een open deur intrappen. Dat de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om een enquête te bevelen een discretionaire is, wisten wij ook al (zie HR 20 november 1996, NJ 1997, 188 m.nt. Ma (Louder Holdings)). Naar die beschikking verwijst de Hoge Raad. In die zaak speelde geen vermogensrechtelijk geschil tussen verzoeker en rechtspersoon. Er is geen enkele reden te bedenken waarom in een geval waarin zo’n conflict wel op de achtergrond speelt, de bevoegdheid van de Ondernemingskamer om een enquête te bevelen geen discretionaire zou zijn. Sterker nog, uit de beschikking van de Hoge Raad volgt dat de Ondernemingskamer in haar belangenafweging met deze (extra) omstandigheid juist rekening moet houden. Dat neemt niet weg – en dat zal geen verbazing wekken – dat de gevallen waarin de

Ondernemingskamer op grond van haar discretionaire bevoegdheid een enquêteverzoek afwijst, zeldzaam zijn. Mij zijn de volgende gevallen bekend: OK 26 oktober 1995, NJ 1996, 188 en TVVS 1996, p. 22 m.nt. Th.S. IJsselmuiden (Bohen); OK 2 november 1995, De NV 1996, p. 16 en TVVS 1996, p. 117 m.nt. Th.S. IJsselmuiden (Van Uden) en OK 14 februari 2005, ARO 2005, 31 (Blue Strawberry Media).

Anders dan Brink in zijn JOR-annotatie onder de beschikking van de Hoge Raad, kan ik instemmen met de beslissing van de Hoge Raad dat voor de Ondernemingskamer bij het afwegen van de belangen geen bijzondere motiveringseisen gelden. Immers, niet moet worden vergeten dat die belangenafweging plaatsvindt, nadat de Ondernemingskamer heeft vastgesteld dat sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Dan ligt toewijzing van het enquêteverzoek voor de hand en dient de Ondernemingskamer 'niet onnodig belast' te worden met bijzondere motiveringseisen. Die gelden mijns inziens wel wanneer de Ondernemingskamer twijfelt aan de juistheid van het beleid, maar op grond van haar discretionaire bevoegdheid het verzoek desondanks afwijst. Uit de drie hiervoor genoemde beschikkingen blijkt dat de Ondernemingskamer in dergelijke (zeldzame) gevallen haar beschikking ook daadwerkelijk 'extra' motiveert.

De Hoge Raad heeft – anders dan A-G Timmerman – deze problematiek niet benaderd vanuit de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW. De A-G had ervoor gepleit het gebruik van het enquêterecht te plaatsen in het kader van deze bepaling. Ik citeer uit zijn conclusie:

'Voor deze benadering pleit dat art. 2:8 BW de grondnorm van het rechtspersonenrecht is. Het enquêterecht dient ertoe de naleving van deze grondnorm te helpen bevorderen. De elementaire beginselen van verantwoord ondernemerschap zijn daarbij te beschouwen als concretisering van de algemene norm van de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW. Ook de drie doelstellingen, zoals geformuleerd in de Ogem-beschikking, kunnen als een ontleding en uitwerking van de beginselen van de redelijkheid en billijkheid worden beschouwd. Zo brengt de redelijkheid en billijkheid binnen een rechtspersoon mee dat jegens de bij de organisatie van de rechtspersoon betrokkenen verantwoording wordt afgelegd voor de gang van zaken in de rechtspersoon. Het gevolg van deze benadering is dat in geval het verzoek tot een enquête niet kan bijdragen tot het bevorderen van de redelijkheid en billijkheid binnen een rechtspersoon en er bij voorbeeld alleen toe dient de naleving van een bepaald contract te bevorderen, de verzoekers doorgaans niet ontvankelijk verklaard dienen te worden. Als met het verzoek echter wel beoogd wordt de redelijkheid en billijkheid binnen de rechtspersoon te bevorderen, zijn de verzoekers, voor zover aan de andere ontvankelijkheidsvereisten is voldaan, doorgaans wel ontvankelijk. Hierbij dient de omstandigheid dat de verzoekers met een verzoek om een enquête ook eigen belangen (bij voorbeeld een aansprakelijkstelling van de rechtspersoon of bestuurders) kunnen nastreven buiten beschouwing te worden gelaten. Het mogelijk behartigen van eigen belangen van verzoekers tot enquête zijn mijns inziens niet relevant voor de beantwoording van de vraag of een enquêteonderzoek toegelaten kan worden.'

Waarom de Hoge Raad niet heeft gekozen voor deze benadering, blijft gissen. Misschien is hij gewoon (zonder omwegen) recht op het doel afgegaan. Dat verklaart mogelijk ook het feit dat hij de kwestie niet in de sleutel van misbruik van recht heeft geplaatst (art. 3:13 BW). Hoe dat ook zij, welke benadering men ook kiest, het uiteindelijk resultaat is hetzelfde: het enquêteverzoek wordt niet toegewezen.

Na de belangrijke algemene beschouwingen in r.o. 4 e.v. waarin de Hoge Raad het rechtskader schept, toetst hij of de bestreden beschikking van de Ondernemingskamer aan die regels voldoet. Dat is in de ogen van de Hoge Raad het geval zodat het cassatieberoep wordt verworpen. Volgens de Hoge Raad heeft de Ondernemingskamer: gezien dat er een vermogensrechtelijk geschil tussen verzoekers en rechtspersoon speelt, geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat indien dit geschil ook de positie van de vennootschap en haar functioneren raakt de doeleinden van een enquêteprocedure verwezenlijkt kunnen worden en haar oordeel voldoende gemotiveerd.

Aan de volgende twee punten uit dit onderdeel van de beschikking zou ik nog kort aandacht willen besteden. In de eerste plaats aan r.o. 5.4. Daarin beslist de Hoge Raad dat de Ondernemingskamer tot het oordeel gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen heeft kunnen komen *zonder tevens* vast te stellen dat er ernstig althans reëel rekening mee moet worden gehouden dat door Unilever opzettelijk of onvoldoende informatie is verstrekt, of dat er sprake zou kunnen zijn van zeer nadelige gevolgen voor de vennootschap. In de literatuur wordt verdedigd dat het criterium voor toewijzing van het enquêteverzoek niet te scherp gesteld moet worden. Zie ik het goed, dan lijkt de zojuist genoemde overweging van de Hoge Raad eveneens in die richting te wijzen. Van gegronde redenen zou dan kunnen worden gesproken indien zodanige feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen dat er een behoorlijke kans is dat bij nader onderzoek blijkt van *onjuist* beleid (zie onder andere Asser-Maeijer 2-III, nr. 526 en Van Schilfgaarde/Winter, nr. 119). Dit lijkt mij inderdaad de juiste benadering. De Ondernemingskamer velt in de eerste fase van de enquêteprocedure dus geen voorlopig wanbeleidoordeel. Wanbeleid is een zwaarder begrip.

Tot slot wil ik nog wijzen op r.o. 5.5.2 waarin de Hoge Raad aangeeft dat uit de omstandigheid dat de aan de Ondernemingskamer toegekende bevoegdheid een enquête te gelasten een discretionaire is, voortvloeit dat in cassatie het oordeel van de Ondernemingskamer dat aanleiding bestaat tot het toewijzen van een enquêteverzoek slechts in beperkte mate kan worden getoetst. Duidelijk is dat de Hoge Raad zijn handen hier terugtrekt. De kans dat een tegen die beslissing ingediend cassatieberoep zal slagen, is dus erg klein. De Ondernemingskamer heeft op dit punt een ruime beoordelingsmarge (Asser-Maeijer 2-III, nr. 526). Haar beslissing zal slechts dan niet in stand kunnen worden gelaten indien zij onbegrijpelijk is. De Ondernemingskamer dient haar beslissing dan ook zodanig te motiveren dat deze begrijpelijk is.

Deze Unilever-beschikking is een principiële uitspraak. Zij laat (opnieuw) zien dat het 'enquêterechtspeelveld' grenzen kent. Er moet echter geen vertekend beeld ontstaan. De indruk moet niet worden gewekt dat de Ondernemingskamer zich op een heel ander standpunt heeft gesteld dan de Hoge Raad in de onderhavi-

ge beschikking heeft ingenomen. Dat is zeker niet het geval. Integendeel. Dat blijkt niet alleen uit haar in de onderhavige zaak in cassatie bestreden (maar in stand gelaten) beschikking, maar ook uit andere beschikkingen. Die sluiten vrijwel naadloos aan bij hetgeen de Hoge Raad in de onderhavige beschikking heeft beslist (zie onder meer OK 4 januari 2005, ARO 2005, 5 (Bouwbuuro Beheer); OK 11 maart 2005, ARO 2005, 37 (Samlerhuset); OK 21 juni 2005, ARO 2005, 98 (Knapen Trailers International); OK 2 augustus 2005, ARO 2005, 155 (Denkers TNG Beheer) en OK 26 september 2005, ARO 2005, 181 (AVAM-Holding)).

Uit die jurisprudentie blijkt dat de Ondernemingskamer oog heeft voor het feit dat in sommige gevallen die aan haar worden voorgelegd vermogensrechtelijke meningsverschillen (op de achtergrond) meespelen. Indien dat vermogensrechtelijke geschil in vennootschapsrechtelijke zin doorwerkt, wijst zij (wanneer sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen en de belangenafweging in het voordeel van verzoeker uitvalt) een enquête toe (zie OK 4 januari 2005, ARO 2005, 5 (Bouwbuuro Beheer); OK 11 maart 2005, ARO 2005, 37 (Samlerhuset) en OK 21 juni 2005, ARO 2005, 98 (Knapen Trailers International)).

Is daarentegen sprake van een louter vermogensrechtelijk geschil, dan wordt het verzoek niet toegewezen. Daarbij blijkt de Ondernemingskamer geen enkel probleem te hebben met de hiervoor aangeduide gecamoufleerde verzoeken, waarin door verzoeker wordt gesuggereerd dat het vermogensrechtelijke geschil in vennootschapsrechtelijke zin doorwerkt. Als dat niet het geval is en er in werkelijkheid dus enkel sprake is van een louter vermogensrechtelijk geschil, waardoor geen sprake is van de door verzoeker voorgewende ‘gemengde situatie’, prikt de Ondernemingskamer daar zo doorheen en wijst zij het enquêteverzoek af.

Illustratief is OK 2 augustus 2005, ARO 2005, 155 (Denkers TNG Beheer):

‘Daar komt nog bij dat de beide hier bedoelde geschillen, evenals de kwesties die in 3.5. en 3.6 zijn behandeld, van verbintenissenrechtelijke aard zijn en als zodanig elk zijn terug te voeren

tot een – kennelijk tussen Stramar en Slieke Beheer bestaand – verschil van inzicht betreffende de voor de betrokken partijen uit hun desbetreffende contractuele verhouding voortvloeiende rechten en verplichtingen. Voorzover derhalve deze verschillen van inzicht niet binnen de vennootschappelijke verhoudingen tot een oplossing kunnen worden gebracht, zullen die geschillen uiteindelijk ter beslechting aan de gewone civiele rechter dienen te worden voorgelegd. Nu naar het oordeel van de Ondernemingskamer niet kan worden gezegd dat te dezen – mede – de toestand van (de onderneming van) Denkers TNG dan wel het functioneren van haar organen in het geding is, kan een en ander echter geen reden tot twijfel aan een juist beleid van Denkers TNG opleveren. Voorzover Stramar erover klaagt dat Denkers TNG, ondanks het vermede vonnis van de voorzieningenrechter, nog immer weigert de vanaf januari 2005 verschuldigde managementvergoedingen aan Stramar te voldoen, geldt *mutatis mutandis* hetzelfde. Ook dit geschil heeft niet met de toestand van (de onderneming van) Denkers TNG of haar organen te doen, doch betreft – louter – een civielrechtelijk meningsverschil tussen partijen.’

Zie ook OK 26 september 2005, ARO 2005, 181 (AVAM-Holding).

Het enige dat aan deze beslissing opvalt, is dat de Ondernemingskamer het verzoek afwijst omdat de civielrechtelijke problemen geen gegronde redenen opleveren om aan een juist beleid te twijfelen, terwijl de Hoge Raad (ook) deze gecamoufleerde gevallen met gebruikmaking van de ‘doeleindensleutel’ afgewikkeld wil zien. Zie ik het goed, dan komt men in de benadering van de Hoge Raad niet toe aan de beantwoording van de vraag of sprake is van gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen. Hoe dat ook zij, in beide benaderingen komt men tot hetzelfde resultaat: afwijzing van het verzoek.

Mr. P.G.F.A. Geerts